

## A ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE NA ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO

EDITORA  
**PROCESSO**  
 Rio de Janeiro  
 2019

EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

[www.editoraprocesso.com.br](http://www.editoraprocesso.com.br)

[www.catalivros.com.br](http://www.catalivros.com.br)

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright© 2019 Ana Rachel Freitas da Silva

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial*

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitre Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedrosa

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Zeno Veloso

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Silva, Ana Rachel Freitas da,

A341s A Arguição de Ilegalidade na Arbitragem Investidor-Estado / Ana Rachel Freitas Silva  
Rio de Janeiro: Processo 2019  
448p. ; 23cm

ISBN 978-85-93741-55-5

1. Arbitragem. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)  
Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

# SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>17</b>  |
| A. Da Metodologia.....  | 24         |
| B. Da estrutura da tese .....   | 27         |
| <b>Capítulo 1 – LIMITAÇÕES DA ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE NA ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO .....</b>                               | <b>31</b>  |
| 1.1.A (falta de) competência para examinar a conduta do investidor na arbitragem investidor-Estado .....                      | 32         |
| 1.1.1. Formação do consentimento na arbitragem investidor-Estado.....   | 34         |
| 1.1.2. Limitação da competência arbitral: ausência de obrigações explícitas para o investidor .....                           | 38         |
| 1.1.3. Limitações da competência arbitral para examinar obrigações previstas nas leis nacionais.....                          | 48         |
| 1.2. Arguição de ilegalidade: exigindo a obrigação de respeitar as leis do país anfitrião .....                               | 55         |
| 1.2.1. Objeto da arguição de ilegalidade .....  | 58         |
| 1.2.2. Arguição de ilegalidade articulada a partir do requerimento de legalidade presente nos tratados de investimento.....   | 63         |
| 1.2.2.1. A redação do requerimento de legalidade nos tratados: influência da arbitragem comercial.....                        | 64         |
| 1.2.2.2. Ilegalidade como fundamento para declinação da competência   | 72         |
| 1.2.2.2.1. Legalidade como requisito jurisdicional <i>ratione materiae</i> ...  | 79         |
| 1.2.2.2.2. Legalidade como requisito jurisdicional <i>ratione voluntatis</i> .  | 85         |
| 1.2.2.3. Limitações da abordagem jurisdicional da ilegalidade.....  | 88         |
| 1.2.2.3.1. Diferenças no tratamento dos atos praticados no estabelecimento dos praticados na performance do investimento..... | 89         |
| 1.2.2.3.2. Requerimento de legalidade não explícito no tratado .....  | 100        |
| <b>Capítulo 2 – O PRINCÍPIO DAS MÃOS LIMPAS COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PARA O EXAME DA ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE.....</b>         | <b>109</b> |
| 2.1. Da aplicabilidade do princípio das mãos limpas na arbitragem de investimentos .....                                      | 109        |
| 2.1.1. Princípios gerais de Direito como fonte de obrigações internacionais .....   | 110        |
| 2.1.2. Da doutrina das mãos limpas como princípio geral de direito .....  | 121        |

|   |            |
|---|------------|
| 2.1.2.1. O princípio das mãos limpas no direito interno .....   | 123        |
| 2.1.2.2. O princípio das mãos limpas nas relações entre Estados .....                                 | 128        |
| 2.1.2.3. O princípio das mãos limpas nas relações entre investidores e Estados .....                  | 140        |
| 2.2. Desafios jurídicos da aplicação da doutrina das mãos limpas .....                                | 154        |
| 2.2.1. Escopo da arguição de ilegalidade .....  | 155        |
| 2.2.1.1. Condutas contrárias à ordem pública transnacional .....                                      | 158        |
| 2.2.1.2. Enquadramento de violações meramente locais .....  | 169        |
| 2.2.2. Adequando os paradigmas para casos de indenização ( <i>damages</i> ). .....                    | 174        |
| 2.2.3. Estabelecendo uma relação de reciprocidade entre as condutas do investidor e do Estado .....   | 182        |
| 2.3. Do princípio das mãos limpas aplicável na arbitragem investidor-Estado .....                     | 191        |
| <b>Capítulo 3 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DAS MÃOS LIMPAS PARA O EXAME DA LEGALIDADE.....</b>            | <b>197</b> |
| 3.1. Os critérios interpretativos .....   | 198        |
| 3.1.1. Critério material: o ato ilegal.....   | 198        |
| 3.1.1.1. Corrupção .....  | 205        |
| 3.1.1.2. Fraude .....   | 228        |
| 3.1.1.3. Violações de Direitos Humanos .....  | 244        |
| 3.1.1.4. Abuso do processo .....  | 253        |
| 3.1.1.5. Violações das leis nacionais <i>stricto sensu</i> .....                                      | 276        |
| 3.1.1.5.1. Violações das leis nacionais nível 1 (princípios fundamentais ou normas mandatórias) ..... | 277        |
| 3.1.1.5.2. Violações das leis nacionais nível 2 (subsidiário).....                                    | 281        |
| 3.1.1.5.3. Violações das leis nacionais nível 3 (erros menores).....                                  | 285        |
| 3.1.2. Critério subjetivo: comportamento e motivação das partes.....                                  | 289        |
| 3.1.2.1. Atuação e motivação do investidor.....   | 290        |
| 3.1.2.2. Atuação do Estado .....  | 297        |
| 3.1.3. Outros critérios: temporal, linguístico e relacional .....                                     | 306        |
| 3.2. Os resultados da arguição de ilegalidade .....   | 310        |
| 3.2.1. Da inadmissibilidade da demanda .....  | 311        |
| 3.2.2. Ilegalidade como questão de mérito .....   | 333        |
| 3.2.2.1. Da rejeição da ação .....  | 335        |
| 3.2.2.2. Da redução do montante compensatório.....  | 349        |
| 3.2.3. Da desconsideração da ilegalidade.....   | 360        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>  | <b>365</b> |

|                                       |            |
|---------------------------------------|------------|
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>              | <b>373</b> |
| Normativos.....                       | 373        |
| Doutrina .....                        | 380        |
| Jurisprudência .....                  | 400        |
| Outras referências .....              | 419        |
| <b>ANEXO – AMOSTRA DE CASOS .....</b> | <b>421</b> |